Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2015–2016

34 322

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht ter implementatie van richtlijn nr. 2014/91/EU van het Europees parlement en de Raad van 23 juli 2014 tot wijziging van de richtlijn 2009/65/EG tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) wat bewaartaken, beloningsbeleid en sancties betreft (PbEU 2014, L 257) (Implementatiewet wijziging richtlijn icbe's)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT[1]

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 4 september 2015 en het nader rapport d.d. 13 oktober 2015, aangeboden aan de Koning door de Minister van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 9 juli 2015, no. 2015001242, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht ter implementatie van richtlijn nr. 2014/91/EU van het Europees parlement en de Raad van 23 juli 2014 tot wijziging van de richtlijn 2009/65/EG tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's) wat bewaartaken, beloningsbeleid en sancties betreft (PbEU 2014, L 257) (Implementatiewet wijziging richtlijn icbe's), met memorie van toelichting.

Het voorstel bevat bepalingen ter implementatie van richtlijnbepalingen met betrekking tot de bewaarder van instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe's). Er wordt een vergunningplicht voor bewaarders geïntroduceerd en een aparte paragraaf in deel 4 van de Wft opgenomen waarin voorschriften met betrekking tot bewaarders worden gesteld. Deze vergunningplicht en voorschriften gelden ook voor bewaarders van alternatieve beleggingsinstellingen (hierna: beleggingsinstellingen).

[1] De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

kst-34322-4
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2015

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel naar de Tweede Kamer te sturen, maar acht op onderdelen een aanpassing van het voorstel of de toelichting nodig. Het is met name wenselijk om in de toelichting nader in te gaan op een voorgestelde nieuwe bevoegdheid voor de toezichthouder.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 9 juli 2015, nr. 2015001242, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 4 september 2015, nr. W06.15.0232/III, bied ik U hierbij aan. Het ontwerp geeft de Afdeling advisering van de Raad van State aanleiding tot het maken van een aantal opmerkingen.

1. Bevoegdheden

a. Nieuwe bevoegdheid toezichthouder

In het voorgestelde artikel 1:77a van de Wft is bepaald dat de toezichthouder een beheerder van een beleggingsinstelling of icbe kan verplichten de inschrijving, inkoop of terugbetaling van rechten van deelneming op te schorten. Deze bepaling dient ter implementatie van de artikelen 46, tweede lid, onderdeel j, van de richtlijn beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen[2] en 98, tweede lid, onderdeel j, van de richtlijn icbe's. De bevoegdheid kan worden toegepast in het belang van de deelnemers of het algemeen belang. De toelichting vermeldt niet wanneer van dergelijke situaties sprake is.

De Afdeling acht het uit oogpunt van rechtszekerheid van belang dat hierover onder meer ten behoeve van betrokkenen die met deze bevoegdheid te maken zouden kunnen krijgen, al dan niet met voorbeelden, meer duidelijkheid wordt verschaft. De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan.

b. Bevoegdheid ECB

In het voorgestelde nieuwe artikel 1:87 van de Wft is een bevoegdheid opgenomen om bij bepaalde overtredingen de natuurlijke persoon die tot de betrokken gedraging opdracht heeft gegeven of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven, de bevoegdheid te ontzeggen om bij een financiële onderneming of marktexploitant bepaalde functies uit te oefenen. Deze bevoegdheid kan volgens die bepaling door de nationale toezichthouder en, in de uitoefening van haar toezichttaak ten aanzien van banken, de Europese Centrale Bank (ECB), worden uitgeoefend.
In de toelichting wordt terecht opgemerkt dat de ECB haar bevoegdheid om toepassing te geven aan het voorgestelde artikel 1:87 van de Wft ontleent aan de verordening bankentoezicht.[3] De toekenning van bedoelde bevoegdheid aan de ECB in het voorgestelde artikel 1:87 van de Wft heeft derhalve geen toegevoegde waarde, nog daargelaten dat bepalingen van EU-verordeningen niet in nationale regelingen worden

[2] Richtlijn 2011/61/EU van het Europees parlement en de Raad van 8 juni 2011 inzake beheerders van alternatieve beleggingsinstellingen en tot wijziging van de Richtlijnen 2003/41/EG en 2009/65/EG en van de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009 en (EU) nr. 1095/2010.

[3] In artikel 9, eerste lid, van Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen is bepaald dat de ECB in voorkomend geval wordt aangemerkt als de bevoegde of de aangewezen autoriteit van de deelnemende lidstaat zoals vastgelegd in het toepasselijke Unierecht. Zij heeft hierbij alle bevoegdheden en verplichtingen die de bevoegde en de aangewezen autoriteiten krachtens het toepasselijke Unierecht hebben.

overgenomen.[4] Daarbij is van belang dat door de voorgestelde bepaling ten onrechte de indruk kan ontstaan dat de Nederlandse wetgever taken en bevoegdheden aan instellingen[5] van de Europese Unie kan toebedelen, terwijl dit op basis van het Unierecht plaatsvindt.

De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 1:87, eerste lid, van de Wft aan te passen.

1. Bevoegdheden

a. Nieuwe bevoegdheid toezichthouder

De Afdeling geeft aan dat in het voorgestelde artikel 1:77a van de Wft de toezichthouder een beheerder van een beleggingsinstelling of icbe kan verplichten de inschrijving, inkoop of terugbetaling van rechten van deelneming op te schorten in het belang van de deelnemers of in het algemeen belang. De Afdeling acht het uit oogpunt van rechtszekerheid van belang dat hierover onder meer ten behoeve van betrokkenen die met deze bevoegdheid te maken zouden kunnen krijgen meer duidelijkheid wordt verschaft. De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan. In de toelichting is verduidelijkt dat het in het belang van de deelnemers of in het algemeen belang kan zijn dat de toezichthouder de bevoegdheid heeft om de inschrijving, inkoop of terugbetaling van rechten van deelneming op te schorten indien het gaat om uitzonderlijke en spoedeisende situaties, bijvoorbeeld een situatie waardoor de soliditeit van de beleggingsinstelling of de stabiliteit van de financiële markten in gevaar dreigt te komen.

b. Bevoegdheid ECB

De Afdeling merkt op dat met het voorgestelde nieuwe artikel 1:87 van de Wft ten onrechte de indruk kan worden gewekt dat de Nederlandse wetgever taken en bevoegdheden aan de ECB kan toebedelen. Naar aanleiding van deze opmerking is de wettekst en de toelichting aangepast. Met de aangepaste formulering wordt verduidelijkt dat niet alleen DNB maar ook de ECB in de in de verordening bankentoezicht bepaalde gevallen bevoegd is. In de artikelen 1:75 en 1:86 van de Wft en in het huidige artikel 1:87 van de Wft, is ervoor gekozen om de bevoegdheid van de ECB te noemen. Dit ten behoeve van de volledigheid en kenbaarheid van de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende toezichthouders. Zoals de Afdeling terecht opmerkt volgt de bevoegdheid van de ECB uit de artikelen 4, 6 en 9 van de verordening bankentoezicht, met dien verstande dat de verordening daarvoor aansluiting zoekt bij de bevoegdheden die onder het relevante Unierecht aan de nationale toezichthouders zijn toegekend.[6] Voor de formulering van het nieuwe artikel 1:87 is aangesloten bij de formulering die in de artikelen 1:75, 1:86 en 1:87 (huidig) van de Wft is gebruikt.

2. Aanstelling bewaarder

In het voorgestelde artikel 4:62n van de Wft wordt bepaald welke instellingen door een beleggingsinstelling of icbe als bewaarder mogen worden aangesteld. Het voldoen aan dit artikel wordt in de artikelen 2:67

---

[4] Zie ook aanwijzing 335 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

[5] Waaronder de ECB: zie artikel 282 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

[6] Artikel 9 van de verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen.

en 2:69c van de Wft niet genoemd als vergunningsvereiste. Uit de toelichting wordt niet duidelijk waarom er vanuit efficiency oogpunt niet voor gekozen is dit al bij de vergunningverlening vast te stellen in plaats van dit daarna alsnog in het doorlopend toezicht te moeten doen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

2. Aanstelling bewaarder

De Afdeling merkt op dat in het voorgestelde artikel 4:62n van de Wft wordt bepaald welke instellingen door een beleggingsinstelling of icbe als bewaarder mogen worden aangesteld. Het voldoen aan dit artikel wordt in de artikelen 2:67 en 2:69c van de Wft niet genoemd als vergunningvereiste. De Afdeling vraagt zich af waarom er vanuit efficiency oogpunt niet voor gekozen is dit al bij de vergunningverlening vast te stellen in plaats van daarna in het doorlopend toezicht en adviseert in de toelichting hierop in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is in de artikelen 2:67 en 2:69 ook artikel 4:62n als vergunningvereiste opgenomen. Tevens is artikel 2:68 dat betrekking heeft op een beleggingsmaatschappij zonder aparte beheerder op gelijke wijze aangepast.

3. Aansprakelijkheid bewaarder

In het voorgestelde artikel 4:62p, eerste en vierde lid, van de Wft wordt de aansprakelijkheid van de bewaarder voor verlies van in bewaring genomen financiële instrumenten geregeld. De bewaarder en de beleggingsinstelling of icbe kunnen deze aansprakelijkheid op straffe van nietigheid op grond van artikel 4:62p, vijfde lid, van de Wft niet (contractueel) uitsluiten. Op grond van het voorstel kan bij overtreding van artikel 4:62p, eerste en vierde lid, van de Wft een dwangsom of boete worden opgelegd.[7] *Hierbij rijst de vraag wat de toegevoegde waarde is van een bepaling die de mogelijkheid bevat tot het opleggen van een reparatoire of punitieve sanctie ter zake van het contractueel uitsluiten van aansprakelijkheid als die uitsluiting met nietigheid is bedreigd.*

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

3. Aansprakelijkheid bewaarder

De bewaarder en de beleggingsinstelling of icbe kunnen de aansprakelijkheid van de bewaarder voor verlies van in bewaring genomen financiële instrumenten niet (contractueel) uitsluiten op straffe van nietigheid op grond van artikel 4:62p, vijfde lid, van de Wft. Op grond van het voorstel kan bij overtreding van artikel 4:62p, eerste en vierde lid, van de Wft een dwangsom of boete worden opgelegd. De Afdeling vraagt zich af wat de toegevoegde waarde is van een bepaling die de mogelijkheid bevat tot het opleggen van een reparatoire of punitieve sanctie ter zake van het contractueel uitsluiten van aansprakelijkheid als die uitsluiting met nietigheid is bedreigd. De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling is het voorstel aangepast. Overtreding van artikel 4:62p, eerste en vierde lid, van de Wft leidt tot nietigheid van de overeenkomst waardoor geen toegevoegde waarde bestaat om bij een dergelijke overtreding een dwangsom of boete op te leggen.

---

[7] Onderdelen AE en AF van het voorstel.

4. Redactionele kanttekeningen

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

4. Redactionele kanttekeningen

Met de redactionele kanttekeningen is rekening gehouden. Voorts is van de gelegenheid gebruik gemaakt om enkele wijzigingen van technische aard door te voeren en de Wet bekostiging financieel toezicht aan te passen met het oog op het toezicht op bewaarders. Ten slotte zijn artikelen opgenomen om de samenloop van onderhavig wetsvoorstel met de Wet toezicht kredietunies en het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en enige andere wetten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingswet financiële markten 2016) te regelen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Financiën,
J.R.V.A. Dijsselbloem

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W06.15.0232/III

– In onderdeel A «q» vervangen door «r» en «p» vervangen door: q.
– In het voorgestelde artikel 4:62l, onderdeel a, van de Wft «eventueel» schrappen.
– In het voorgestelde artikel 4:62t, eerste lid, van de Wft na «bewaarder» invoegen: van een icbe.